

VU Research Portal

Case note: Rb. Alkmaar

de Groot, G.

2010

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

de Groot, G., (2010). *Case note: Rb. Alkmaar*, No. 55, Feb 17, 2010. (Jurisprudentie aansprakelijkheid; Vol. 2010).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

DSB Bank, is wel in het geding betrokken. De gevorderde ontbinding alsmede de gevorderde vernietiging van de overeenkomsten zullen ter zake van deze overeenkomst echter ook worden afgewezen. Zoals reeds onder 4.5 is overwogen, is van een tekortkoming in de nakoming geen sprake. Voor zover er van schending van de zorgplicht sprake is, geldt dat dit moet gezien worden als een onrechtmatige daad in de precontractuele fase, die kan leiden tot schadevergoeding, maar niet tot ontbinding of vernietiging van de overeenkomst.

De omvang van de schadevergoeding

Thans dient de rechtbank de omvang vast te stellen van het schadebedrag. De rechtbank stelt voorop dat voor de vaststelling van de schade moet worden uitgegaan van de situatie zoals deze was geweest als DSB Bank haar zorgplicht wel was nagekomen. De huidige situatie moet derhalve worden vergeleken met de hypothetische situatie dat niet onrechtmatig was gehandeld, met andere woorden, de situatie dat DSB Bank had geadviseerd de vijf verzekeringen niet te sluiten. De rechtbank stelt, als gesteld door [eisers] en niet betwist door DSB Bank, vast dat [eisers] de vijf verzekeringen dan niet zou hebben afgesloten.

Schorsing in verband met faillissement DSB Bank N.V.

4.25. De rechtbank zou partijen thans in de gelegenheid dienen te stellen zich uit te laten over het precieze schadebedrag en voorts over de vraag of – en zo ja, in hoeverre – aan de zijde van [eisers] sprake is geweest van eigen schuld, als gevolg waarvan een deel van het schadebedrag voor hun rekening zou kunnen komen. In verband met het op 19 oktober 2009 uitgesproken faillissement van DSB Bank dient de zaak tegen DSB Bank op grond van artikel 29 Faillissementswet thans evenwel te worden geschorst.

4.26. Zoals overwogen onder 4.2. zal de vordering voor zover gericht tegen DSB Leven N.V. worden afgewezen.

4.27. Over de gevorderde buitengerechtelijke kosten, proceskosten, nakosten en rente zal te zijner tijd worden beslist.

De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst de vordering voor zover gericht tegen DSB Leven N.V. af.

5.2. Schorst de procedure voor zover gericht tegen DSB Bank N.V. op grond van artikel 29 Faillissementswet.

5.3. Houdt iedere verdere beslissing aan.

55

Rechtbank Alkmaar

17 februari 2010, nr. 92591/HA ZA 07-33, LJN BL6618

(mr. Reid)

Noot G. de Groot

Deskundigenbericht. Onpartijdigheid. Hoor en wederhoor.

[Rv art. 198]

Na een operatie bij een paard wordt de rekening niet voldaan. De dierenartspraktijk vordert betaling. De eigenaar van het paard beroept zich op wanprestatie. De rechtbank gelast een deskundigenbericht om te beoordelen of daarvan sprake is. Het deskundigenbericht geeft geen aanleiding om te oordelen dat er fouten zijn gemaakt bij de operatie. De eigenaar van het paard voert vervolgens aan dat de deskundige niet onpartijdig was en het beginsel van hoor en wederhoor niet is nageleefd. Daar gaat de rechtbank niet in mee.

1. De maatschap *Dierengeneeskundig Centrum Noord-Nederland* te Emmeloord,

2. [naam eiser sub 2] te Emmeloord,

3. [naam eiser sub 3] te Blankenham,

eisers in conventie,

verweerders in reconventie,

advocaat: mr. M.H. van der Zee te Leeuwarden,

tegen

[naam gedaagde] te Callantsoog,

gedaagde in conventie,

eiser in reconventie,

advocaat: mr. A.J. van der Veen te Alkmaar.

1. De procedure

(...; red.)

2. De verdere beoordeling

In conventie

2.1. In genoemd tussenvonnissen heeft de rechtbank drie vragen aan de deskundige voorgelegd, te weten:

1. Hoe beoordeelt u de beslissing van Diergeneeskundig Centrum om – gegeven de omstandigheden van dat moment – bij de op 28 juli 2003 verrichte operatie (de rechtbank begrijpt: een wig osteotomie) één plaat aan te brengen op/in het rechterachterbeen van het paard? Kunt u uw antwoord toelichten?

2. Heeft Diergeneeskundig Centrum, in de persoon van de heer [naam 1], voormelde ingreep in het algemeen uitgevoerd zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot onder gelijke omstandigheden mag worden verwacht, gemeten naar de toen geldende maatstaven? Waarop baseert u die mening?

3. Wat is of zijn de oorzaak of oorzaken van het doorbuigen van de aangebrachte plaat? Wilt u daarbij aangeven of, en zo ja in welke mate, de opgetreden dorsoflexie is te wijten aan een fout van Diergeneeskundig Centrum?

4. Geeft het onderzoek u nog aanleiding tot verdere opmerkingen, en zo ja, welke?

De deskundige heeft hierop in haar rapportage – voor zover van belang – als volgt geantwoord:

Vraag 1:

“Voor het verkrijgen van een rechte beenstand is het uitvoeren van een wigosteotomie gerechtvaardigd. [...] In principe kan volstaan worden met het plaatsen van één DCP plaat aan de dorsolaterale (voorbuiten)zijde (tensionzijde) van het been, indien de interne fixatie ondersteund wordt door een externe fixatie (rigide immobiliserend verband). Bij een optimale stand en interne fixatie kan overwogen worden de externe fixatie te verwijderen. Bij de patiënt is de externe fixatie de volgende dag verwijderd, nadat de controle röntgenfoto's gemaakt zijn. Op deze controlefoto's van 28-7-2003 komt naar voren dat de wigosteotomie niet geheel naar tevredenheid is uitgevoerd, waardoor de plaat al licht doorbuigt. Het uitvoeren van een wigosteotomie is niet een eenvoudige ingreep en men mag met een niet optimaal resultaat tevreden zijn, wel moet dan het postoperatief plan aangepast worden. Met het besluit het rigide verband te verwijde-

ren en de interne fixatie niet meer te ondersteunen met een externe fixatie, neemt men het risico dat de krachten op de plaat toenemen en de kans op doorbuigen van de plaat groter wordt. Het aanbrengen van een tweede plaat, welke meer stevigheid zou bieden om de krachten te weerstaan, wordt niet noodzakelijk geacht en levert extra risico's (infectiegevaar, verzwakking bot, langere narcosetijd). Kiest men voor het aanbrengen van slechts één plaat dan valt te overwegen de externe fixatie, in de vorm van een rigide immobiliserend verband, langere tijd (3-4 weken) aan te brengen om het risico van 'implant failure' te reduceren.”

Vraag 2:

“De ingreep is uitgevoerd zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot onder gelijke omstandigheden mag worden verwacht, gemeten naar de toen geldende maatstaven. Echter post operatief had, bij het gebruik van één plaat, een rigide immobiliserend verband voor langere tijd overwogen moeten worden; zeker nadat de controle röntgenfoto's al een licht doorbuigen van de plaat lieten zien. De op dat moment aanwezige buiging van de plaat kan het gevolg zijn van het aanpassen van de plaat aan de contouren van het been. De indicatie voor de tweede ingreep (het verwijderen van de plaat en het aanbrengen van 2 platen) is juist.”

Vraag 3:

“Het resultaat van de wigosteotomie is niet optimaal, waardoor er een standsafwijking ontstaan is waarbij de metatarsus naar plantaar doorbuigt, hetgeen waarneembaar is op de post operatieve röntgenfoto's dd 28-7-2008. Aan de dorsale zijde is licht overgecorrigeerd dan wel aan de plantare zijde iets te weinig. Hierdoor ontstaan op de plaat grotere krachten, en ontstaat het risico van doorbuigen van de plaat. Door het verwijderen van het rigide immobiliserend verband nemen de krachten inwerkend op de plaat toe en kon de plaat doorbuigen.”

Vraag 4:

“Op de controle opname, dd 7 augustus 2003, na de tweede operatie waarbij er 2 platen zijn aangebracht, is te zien dat er een schroef door de fractuurspleet gaat. Bij het aanbrengen van 2 platen, na een eerdere plaatosteosynthesen, is er beperkt plaats voor de schroeven. De tweede ingreep is uitgevoerd zoals van een re-

delijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot onder gelijke omstandigheden mag worden verwacht, gemeten naar de toen geldende maatstaven. Echter het aanbrengen van een schroef in de fractuurspleet is niet gewenst en belemmert de fractuurgenezing. Op het moment van constateren van de aanwezigheid van een schroef in de fractuurspleet moet overwogen worden de schroef te verwijderen. Door de aanwezigheid van deze schroef wordt de fractuurgenezing onnodig vertraagd. In het verslag wordt 17-10-2003 voor het eerst melding gemaakt van de schroef die in de fractuurspleet loopt.”

2.2. Naar het oordeel van Diergeneeskundig Centrum zijn bij de totstandkoming van het rapport procedures geschonden, zodat het terzijde dient te worden geschoven. Diergeneeskundig Centrum stelt voorts dat de externe fixatie niet te vroeg is verwijderd. Diergeneeskundig Centrum is van mening dat het feit dat de eerste plaat doorboog na de operatie, aan geeft dat de stand van het been de verkeerde kant opging. Het betwist dat de buiging van de eerste plaat een gevolg is van het te vroeg verwijderen van het harde verband. De buiging was al ontstaan ondanks dit verband.

2.3. [Gedaagde] verzoekt de rechtbank het deskundigenbericht buiten toepassing te laten. Dit omdat Diergeneeskundig Centrum, “in de persoon van drs. [naam eiser sub 2]”, via diverse commissies verbonden zou zijn aan de Universiteit Utrecht en de thans aangezochte deskundige een voormalig collega van hem is. Daarnaast heeft de deskundige zich kennelijk ten onrechte laten beïnvloeden door een brief van 7 januari 2009 van Diergeneeskundig Centrum. Nu deze brief geen vragen aan de deskundige bevatte, maar een inhoudelijke reactie op het conceptrapport, heeft de deskundige – door aan deze brief betekenis te hechten – de beginselen van hoor en wederhoor geschonden. [Gedaagde] verzoekt de rechtbank op grond van een en ander een nieuwe deskundige te benoemen.

[Gedaagde] stelt thans dat Diergeneeskundig Centrum een beroepsfout heeft gemaakt door:

- in strijd met het protocol de externe fixatie te snel te verwijderen;
- geen zijdelingse röntgenopnamen te maken;
- een schroef verkeerd in het been te plaatsen;
- de verkeerd geplaatste schroef niet ten spoedigste te verwijderen.

2.4. De stelling van [gedaagde] dat de aangezochte deskundige niet onpartijdig zou zijn, is te laat aangevoerd. Bij het tussenvonniss van 22 augustus 2007 heeft de rechtbank partijen bericht dat zij voornemens was om [naam 2] tot deskundige te benoemen, waarbij de zaak naar de rol is verwezen zodat partijen zich over dit voornemen konden uitlaten. [Gedaagde] heeft daarop bij rolbericht van 3 oktober 2007 uitdrukkelijk gesteld zich te kunnen verenigen met de benoeming van Rijkshuizen als deskundige. Nu [gedaagde] geen feiten of omstandigheden heeft gesteld op grond waarvan hij niet eerder dan bij conclusie na deskundigenbericht zijn gewijzigd inzicht ter zake heeft kunnen mededelen, acht de rechtbank dit in strijd met de goede procesorde. De stelling faalt dus.

2.5. [Gedaagde] is voorts ten onrechte van mening, dat het partijen slechts vrijstaat door middel van het stellen van vragen te reageren op de hen toegezonden conceptrapportage. Dit standpunt strijdt zowel met het bepaalde in artikel 198, lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, als met de Leidraad deskundigen in civiele zaken § 25. Het staat partijen – kort gezegd – vrij bij de totstandkoming van de deskundigenrapportage niet alleen vragen te stellen, maar ook opmerkingen te maken. Dat deze opmerkingen geen inhoudelijke kritiek op het conceptrapport zouden mogen bevatten, vindt geen steun in het recht.

2.6. Verder stelt [gedaagde] ten onrechte dat de deskundige de beginselen van hoor en wederhoor in acht heeft te nemen. De deskundige heeft binnen de grenzen van zijn opdracht de nodige vrijheid om het onderzoek te verrichten op de wijzen die hem het beste voorkomt. De rechter moet er vervolgens op toezien dat het beginsel van hoor en wederhoor in acht wordt genomen, onder andere door te waarborgen dat partijen effectief commentaar kunnen leveren op het deskundigenadvies. Aan deze laatste voorwaarde is voldaan door beide partijen een conclusie na deskundigenbericht te laten nemen, zodat de daarop gerichte klachten van [gedaagde] falen.

2.7. Partijen merken terecht op dat de deskundige heeft verzuimd aan te geven welke opmerkingen Diergeneeskundig Centrum heeft gemaakt en op welke wijze zij hiermee rekening heeft gehouden. Nu de bewuste brief van 7 januari 2009 echter zowel partijen als de

rechtbank bekend is, en de deskundige – zoals [gedaagde] aanvoert – blijkens de verschillen tussen de conceptrapportage en de definitieve rapportage kennelijk kennis heeft genomen van deze brief, verbindt de rechtbank geen consequenties aan deze omissie van de deskundige.

2.8. De rechtbank ziet overigens geen aanleiding om aan het oordeel van de deskundige te twijfelen en maakt dit tot het hare. Over de vraag of het rapport moet leiden tot het oordeel dat door Diergeneeskundig Centrum een beroepsfout is gemaakt stelt de rechtbank voorop dat het enkele feit dat een medische ingreep niet het gewenste resultaat oplevert, niet meebrengt dat er een fout is gemaakt. Terughoudendheid is bij een dergelijk oordeel geboden. De enkele constatering achteraf dat een andere behandeling wellicht betere resultaten zou hebben opgeleverd, is op zichzelf onvoldoende om te veronderstellen dat de arts onzorgvuldig of niet volgens de regelen der kunst heeft gehandeld. Dat kan anders zijn indien niet is opgetreden zoals van een redelijk handelend vakgenoot mocht worden verwacht, zoals bijvoorbeeld wanneer in strijd is gehandeld met een protocol dat de consensus weergeeft van de beroepsgroep. In het licht hiervan kan uit het deskundigenrapport niet worden afgeleid dat door Diergeneeskundig Centrum een beroepsfout is gemaakt. Ten eerste is volgens de deskundige de beslissing van Diergeneeskundig Centrum om slechts één plaat aan te brengen, mits deze wordt gesteund door externe fixatie, een juiste. Vervolgens is de externe fixatie verwijderd. [Gedaagde] stelt dat dit in strijd met “het door de deskundige voorgeschreven protocol” is. In tegenstelling tot [gedaagde] leest de rechtbank in het deskundigenbericht niet dat een protocol in hierboven bedoelde zin is geschonden, zulks mede gelet op het feit dat de deskundige niet spreekt van, noch refereert aan, enig “protocol”. Wel schrijft de deskundige dat “een rigide immobiliserend verband voor langere tijd overwogen (had, Rb) moeten worden”. De rechtbank acht dit onvoldoende om te oordelen dat door Diergeneeskundig Centrum een fout is gemaakt. De deskundige schrijft niet dat genoemde overweging niet tot verwijdering van de externe fixatie had mogen leiden. Het is de rechtbank niet ontgaan dat de deskundige in haar conceptrapportage ter zake nog schreef

dat “een rigide immobiliserend verband gebruikt (had, Rb) moeten worden voor langere tijd”. Het stond de deskundige echter vrij deze aanpassing, al dan niet naar aanleiding van de brief van Diergeneeskundig Centrum van 7 januari 2009, aan te brengen.

2.9. Dat Diergeneeskundig Centrum daags na de operatie de externe fixatie heeft verwijderd, behelst volgens de deskundige geen beroepsfout. Gelet hierop is het antwoord van de deskundige op vraag 3 dat hierdoor de aangebrachte plaat is doorgebogen, niet relevant.

2.10. Door [gedaagde] is voorts aangevoerd dat ten onrechte geen zijdelingse röntgenfoto's zijn gemaakt. Wat daarvan zij, de deskundige legt geen verband tussen het ontbreken van dergelijke foto's en het welslagen van de operatie. De deskundige bericht dat zowel de eerste als de tweede operatie geïndiceerd was en – kort gezegd – dat beide ingrepen naar behoren zijn verricht. De stellingen van [gedaagde] ter zake treffen dus geen doel.

2.11. Het antwoord op vraag 4. leidt tot hetzelfde oordeel als hierboven onder 2.8. Het oordeel van de deskundige dat op het moment van constateren ervan overwogen moest worden de ongelukkig geplaatste schroef te verwijderen, kan niet tot de conclusie leiden dat een andere handelwijze een beroepsfout behelst, nu dit oordeel van de deskundige de mogelijkheid openlaat dat deze overweging ertoe leidt de schroef niet te verwijderen.

2.12. Op grond van al het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat Diergeneeskundig Centrum niet is tekortgeschoten in de nakoming van haar overeenkomst met [gedaagde]. Vaststaat dat [gedaagde] opdracht heeft gegeven voor zowel de eerste als de tweede ingreep. Verder heeft hij de daaraan verbonden kosten niet gemotiveerd betwist. De vordering in conventie zal daarom worden toegewezen als na te melden. De vordering tot vergoeding van wettelijke rente zal, nu hiertegen geen zelfstandig verweer is gevoerd, worden toegewezen zoals gevorderd.

2.13. Diergeneeskundig Centrum heeft zijn stelling dat hij voor vergoeding in aanmerking komende buitengerechtelijke kosten heeft gemaakt onvoldoende onderbouwd. Onvoldoende is gesteld of gebleken dat kosten zijn gemaakt dan wel voldoende werkzaamheden zijn verricht anders dan die ter voorbereiding van de gedingstukken en ter instructie van de

zaak, waarvoor de artikelen 237 tot en met 240 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een vergoeding plegen in te sluiten. Dit onderdeel van de vordering zal worden afgewezen.

2.14. [Gedaagde] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Diergeneeskundig Centrum worden begroot op:

- dagvaarding € 71,32
- vast recht € 296,=
- salaris advocaat € 1.152,= (3 punten x tarief € 384,=)

Totaal € 1.519,32

In reconventie

2.15. De vordering tot (gedeeltelijke) ontbinding van de overeenkomst zal worden afgewezen, nu van een tekortkoming van de zijde van Diergeneeskundig Centrum niet is gebleken.

2.16. [Gedaagde] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Diergeneeskundig Centrum worden begroot op nihil.

3. De beslissing

De rechtbank in conventie

3.1. veroordeelt [gedaagde] om aan Diergeneeskundig Centrum te betalen een bedrag van € 8.096,77 (achtduizendachthonderdvierenzestig euro en zevenenzeventig eurocent), vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 1 november 2003 tot de dag van volledige betaling,

3.2. veroordeelt [gedaagde] in de proceskosten, aan de zijde van Diergeneeskundig Centrum tot op heden begroot op € 1.519,32,

3.3. wijst af het meer of anders gevorderde,

3.4. verklaart dit vonnis in conventie uitvoerbaar bij voorraad,

in reconventie

3.5. wijst de vorderingen af,

3.6. veroordeelt [gedaagde] in de proceskosten, aan de zijde van Diergeneeskundig Centrum tot op heden begroot op nihil.

NOOT

1. Een diergeneeskundig centrum vordert in deze procedure van gedaagde betaling van de onbetaald gebleven rekening voor een operatie die is verricht bij een paard. Gedaagde voert

aan dat er sprake is van een toerekenbare tekortkoming en vordert in reconventie partiële ontbinding van de overeenkomst. De rechtbank benoemt een deskundige om zich te laten voorlichten over de vraag of het diergeneeskundig centrum is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen. Na deskundigenbericht oordeelt de rechtbank bij eindvonnis dat hiervan geen sprake is. In conventie moet gedaagde de rekening voor de operatie alsnog betalen. In reconventie wordt de vordering afgewezen.

2. Beide partijen hebben procedurele bezwaren ingebracht tegen het deskundigenbericht, die door de rechtbank zijn verworpen. Het betreft de onpartijdigheid van de deskundige en de betekenis van het beginsel van hoor en wederhoor in het deskundigenonderzoek. Daarop wordt in deze noot nader ingegaan.

3. Voor zover bekend zijn de tussenvonnissen in deze zaak niet gepubliceerd. Blijkens het eindvonnis heeft de rechtbank in een tussenvonnis aan partijen kenbaar gemaakt dat zij voornemens was een deskundige te benoemen, wie zij op het oog had en dat partijen zich daarover konden uitlaten. Gedaagde heeft toen laten weten zich te kunnen verenigen met de benoeming van de door de rechtbank voorgestelde persoon als deskundige. Bij een volgend tussenvonnis is deze persoon als deskundige benoemd.

4. De deskundige heeft in het deskundigenbericht enkele punten genoemd die het diergeneeskundig centrum anders of beter had kunnen of moeten doen, maar de antwoorden op de vragen van de rechtbank maken het heel wel mogelijk voor de rechtbank om te concluderen dat het diergeneeskundig centrum niet toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst.

5. Het deskundigenbericht was dus niet gunstig voor het standpunt van gedaagde. In de conclusie na deskundigenbericht verzocht gedaagde de rechtbank "het deskundigenbericht buiten toepassing te laten". Bedoeld zal zijn: om het deskundigenbericht niet te betrekken in de beoordeling van de gegrondheid van het conventionele verweer en de reconventionele grondslag van de vordering van gedaagde. Dat lijkt een tamelijk kansloos verzoek. Niet alleen is de waardering van de betekenis van het deskundigenbericht voor het bewijs nu eenmaal

overgelaten aan het oordeel van de rechter (art. 152 lid 2 Rv), maar bovendien plegen bewijsmiddelen in die civielrechtelijke waardering niet buiten toepassing te worden gelaten, zelfs niet wanneer ze onrechtmatig zouden zijn verkregen (M. Kremer, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999).

6. Gedaagde onderbouwt het verzoek met de stelling dat de deskundige niet onpartijdig was. Volgens gedaagde is de natuurlijke persoon die naast het diergeneeskundig centrum als eiser in de procedure optreedt en die aan het diergeneeskundig centrum is verbonden, via diverse commissies verbonden aan de Universiteit Utrecht en is deze persoon een voormalige collega van de deskundige.

7. De door de rechter benoemde deskundige die de opdracht heeft aanvaard, behoort zijn taak onpartijdig en naar beste weten te vervullen (art. 198 lid 1 Rv). Doet een partij na deskundigenbericht bij de rechter in feitelijke instantie een beroep op een gebrek aan onpartijdigheid van de deskundige, dan pleegt dat beroep te worden beoordeeld in het kader van de bewijswaardering. Zelfs wanneer de rechter in de bespreking van de betekenis van het deskundigenbericht voor de beslissing niet ingaat op het beroep op partijdigheid van de deskundige, hoeft dat geen reden te zijn om een casatieberoep gegrond te achten (bijv. HR 25 november 2005, LJN AT9053). Naar mijn opvatting behoort de rechter in feitelijke instantie een deskundigenbericht niet in de bewijswaardering te betrekken wanneer zich een gebrek in de onpartijdigheid van de deskundige voordoet en onvoldoende gelegenheid is geboden tot herstel daarvan (G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008, p. 234). Of zich een gebrek in de onpartijdigheid van de deskundige voordoet, behoort de rechter te beoordelen aan de hand van de maatstaf of de vrees van een partij dat een deskundige partijdig is, objectief gerechtvaardigd is op grond van door de wederpartij of de deskundige niet weersproken dan wel na betwisting aannemelijk geworden feiten of omstandigheden. Wanneer een beroep op partijdigheid van de deskundige verkeerd wordt beoordeeld, kan dat er onder omstandigheden uiteindelijk in resulteren dat de onpartijdigheid van de rechter in het geding komt (EHRM 5 juli 2007, «EHRC» 2007, 115, m.nt. M.F.J.M. de

Werd (Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland); EHRM 11 december 2008, 34449/03 (Shulepova/Rusland).

8. In deze zaak is het beroep van gedaagde op een gebrek in de onpartijdigheid van de deskundige volgens de rechtbank in strijd met de goede procesorde. De rechtbank weegt daarin kennelijk mee dat gedaagde zich heeft mogen uitlaten over het voorstel van de rechtbank, toen heeft laten weten zich met dat voorstel te kunnen verenigen en na deskundigenbericht geen feiten of omstandigheden heeft gesteld op grond waarvan hij zijn gewijzigd inzicht niet eerder heeft kunnen meedelen.

9. Dit lijken eerder argumenten om te oordelen dat het beroep op een gebrek aan onpartijdigheid niet opgaat, dan om het beroep in strijd te achten met de goede procesorde. Uit de uitspraak is niet af te leiden of eisers na deskundigenbericht hebben aangevoerd dat het beroep op een gebrek aan onpartijdigheid van de deskundige in strijd is met de goede procesorde. Het oordeel dat een verweer in strijd is met de goede procesorde, is verstrekkend, omdat het een partij in feite belet het verweer te voeren. Aangenomen mag worden dat op de rechter die ambtshalve tot dit oordeel komt, de plicht rust zijn beslissing deugdelijk te motiveren (vgl. de ambtshalve weigering van pleidooi wegens strijd met de goede procesorde: HR 15 maart 1996 (Plenske), NJ 1997, 341, m.nt. HJS).

10. Als het beroep op een gebrek aan onpartijdigheid meer inhoudelijk wordt gezien, rijst de vraag of op gedaagde de plicht rust naar eventuele connecties tussen eisers en de deskundige al onderzoek te doen voorafgaand aan zijn reactie op het voorstel van de rechter voor de te benoemen persoon. Ik denk dat de gedaagde die na een ongunstig deskundigenbericht met succes een beroep wil doen op partijdigheid van de deskundige, er inderdaad goed aan doet om toe te lichten dat hij in de fase van het overleg met de rechter over de te benoemen persoon (art. 194 lid 2 Rv) aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan, door uiteen te zetten dat hij niet wist en niet hoefde te weten van de gewraakte connectie tussen eisers en de deskundige. Anders zal in het oordeel dat de vrees voor een gebrek aan onpartijdigheid van de deskundige niet gerechtvaardigd is, al snel worden betrokken dat de onpartijdigheid van de deskundige pas in twijfel is getrokken

nadat duidelijk was dat het rapport voor die partij ongunstig was (in deze zin EHRM 28 augustus 1991, 1117084, Brandstetter/Oostenrijk). 11. Het zal echter afhangen van alle relevante omstandigheden van het geval of gedaagde redelijkerwijs heeft gedaan wat van hem mocht worden verlangd om die connectie op het spoor te komen. Hierbij kan relevant zijn of het een connectie was die gedaagde gemakkelijk op het spoor kon komen, bijvoorbeeld door de deskundige op internet op te zoeken. Onderdeel van die omstandigheden kan ook zijn of eisers, respectievelijk de deskundige, hun eventuele kennis van een connectie tussen hen tijdig met de rechter en gedaagde hebben gedeeld, dan wel hadden moeten beseffen dat zij dat eerder hadden moeten doen (G. de Groot, a.w., p. 235).

12. Is bij dit alles nog van belang dat de rechtbank zelf een voorstel heeft gedaan voor de te benoemen persoon? In een onderzoek naar de inschakeling van deskundigen in de rechtspraak kwam naar voren dat een partij zich niet altijd vrij voelt om bezwaar te maken tegen zo'n voorstel van de rechter, uit vrees de rechter tegen zich in het harnas te jagen (G. de Groot & N.A. Elbers, *Inschakeling van deskundigen in de rechtspraak. Verslag van een onderzoek naar knelpunten en verbetervoorstellen*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2008, p. 119). Rechter die zelf een voorstel doet voor de persoon van de te benoemen deskundige, doet er denk ik goed aan ermee rekening te houden dat hun voorstel deze impact kan hebben. Tegelijk denk ik dat van advocaten mag worden verwacht dat zij eventuele bezwaren in het belang van de cliënt tijdig en zakelijk naar voren brengen.

13. Gedaagde heeft nog een tweede bezwaar tegen het deskundigenbericht naar voren gebracht. Volgens gedaagde heeft de deskundige zich ten onrechte door het diergeneeskundig centrum laten beïnvloeden, door betekenis te hechten aan een brief van het diergeneeskundig centrum aan de deskundige die geen vragen aan de deskundige bevatte, maar een inhoudelijke reactie op het concept-rapport. Daarmee heeft de deskundige volgens gedaagde het beginsel van hoor en wederhoor geschonden. Gedaagde wenst dat de rechtbank een andere deskundige benoemt.

14. De rechtbank volgt gedaagde daarin niet en overweegt om te beginnen dat niet de des-

kundige, maar de rechter moet toezien op de naleving van het beginsel van hoor en wederhoor in het deskundigenonderzoek. In de 'Leidraad deskundigen in civiele zaken' (www.rechtspraak.nl) zijn aanwijzingen opgenomen voor de deskundige om de rechter tot dit toezicht in staat te stellen. De deskundige ondervindt tijdens het deskundigenonderzoek wel de gevolgen van het toezicht van de rechter op de naleving van het beginsel van hoor en wederhoor (G. de Groot, a.w., p. 296 e.v.). 15. Naar aanleiding van de wat curieuze stelling van gedaagde dat het recht op opmerkingen en verzoeken beperkt zou zijn tot het stellen van vragen, schrijft de rechtbank dat het recht van partijen om bij de deskundige opmerkingen te maken en verzoeken te doen (art. 198 lid 2 Rv), niet is beperkt tot het stellen van vragen aan de deskundige. In de praktijk is niet altijd duidelijk wat de betekenis en de reikwijdte is van het recht op opmerkingen en verzoeken (G. de Groot, a.w., p. 329 e.v.). Het is in ieder geval gebruikelijk dat een deskundige aan partijen gelegenheid geeft tot opmerkingen en verzoeken naar aanleiding van het deskundigenbericht. Dit wordt in de 'Leidraad deskundigen in civiele zaken' als standaardwerkwijze beschreven (par. 5.3). Het recht op opmerkingen en verzoeken lijkt niet te zijn bedoeld om partijen gelegenheid te geven hun eigen vragen aan de door de rechter benoemde deskundige voor te leggen (G. de Groot, a.w., p. 340). Het strekt ertoe dat partijen opheldering kunnen krijgen over onderdelen van het deskundigenbericht die zij nog niet voldoende begrijpen, teneinde partijen in staat te stellen in het vervolg van de procedure bij de rechter effectief commentaar te leveren op het deskundigenbericht. Het recht op opmerkingen en verzoeken is dus niet bedoeld om partijen gelegenheid te bieden in debat te gaan met de deskundige over de juistheid van het deskundigenbericht. Dat debat is onderdeel van het processuele debat van partijen en behoort bij de rechter te worden gevoerd.

16. Verder oordeelt de rechtbank nog dat partijen terecht opmerken dat de deskundige heeft verzuimd aan te geven welke opmerkingen eisers hadden gemaakt en op welke wijze daarmee rekening is gehouden. Omdat het concept-deskundigenbericht en het deskundigenbericht verschillen en de reactie van eisers op het concept-deskundigenbericht zich bij de stukken be-

vindt, neemt de rechtbank aan dat de deskundige kennis heeft genomen van de brief van eisers en verbindt zij geen gevolgen aan dit verzuim. Dat strookt met vaste rechtspraak. Volgens art. 198 lid 2 Rv behoort de deskundige in het deskundigenbericht te vermelden welke opmerkingen en verzoeken partijen bij de deskundige hebben gemaakt. Het is overgelaten aan de rechter in feitelijke instantie of een verzuim op dit punt in de weg staat aan het gebruik van het deskundigenbericht voor het bewijs (HR 15 juni 2001, NJ 2001, 35; HR 25 november 2005, LJN AT9053).

17. Dient de deskundige te reageren op de opmerkingen en verzoeken van partijen naar aanleiding van het (concept-)deskundigenbericht? Dat wordt in lagere rechtspraak wel aangenomen (G. de Groot, a.w., p. 338). De 'Leidraad deskundigen in civiele zaken' ziet het als onderdeel van de standaardwerkwijze (par. 5.3.3). Wel wordt aan de deskundige een ruime mate van vrijheid gelaten om te bepalen op welke wijze hij op opmerkingen en verzoeken reageert. De Hoge Raad laat de mogelijkheid open dat het deskundigenbericht ook bruikbaar is voor de beslissing wanneer een deskundige niet is ingegaan op opmerkingen en verzoeken van partijen (HR 30 juni 2006, LJN AX3410; vgl. conclusie A-G Verkade onder 5.22 bij HR 14 november 2008, LJN BF5285).

mw. drs. mr. G. de Groot
vicepresident Rechtbank Amsterdam

56

Rechtbank Amsterdam
9 december 2009, nr. 420372/HA ZA 09-582, LJN BL6689
(mr. Van Eekeren)

Beroepsaansprakelijkheid. Makelaar.

[BW art. 6:74]

Een makelaar heeft in opdracht van A een waarde-bepaling van het woonhuis van A gedaan. Op basis van deze waarde-bepaling heeft A financiering gekregen voor een nieuwe woning. De woning wordt te koop gezet voor een prijs die is gebaseerd op de

waardebepaling van de makelaar. Dit leidt niet tot verkoop. A zoekt een andere makelaar die de waarde 22% lager vaststelt. Voor deze waarde verkoopt A haar huis na twee maanden. A stelt de makelaar aansprakelijk voor schade die zij lijdt ten gevolge van de te hoge waardebepaling. Deze schade bestaat uit de kosten van de langere periode dat het huis te koop heeft gestaan en de extra kosten voor financiering die zij heeft omdat zij aanvullende financiering heeft moeten nemen nu haar huis niet voor de door de eerste makelaar bepaalde waarde is verkocht. De makelaar voert verweer. Hij wijst erop dat de door hem bepaalde waarde lager was dan de WOZ-waarde, dat een waardebepaling naar zijn aard minder grondig is dan een taxatie, dat waardeschommelingen in de markt voorkomen en dat de waardebepaling mede erop was gebaseerd dat A nog zou gaan verbouwen. A betwist deze stellingen voldoende. De rechtbank wijst de vorderingen van A toe.

[A] te [...],
eiseres,
advocaat: mr. F.C.M. Maat-Oldenhof,
tegen
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Iblue Makelaars Centrale Organisatie BV te Amsterdam,
gedaagde,
advocaat: mr. B.M. Breedijk.

1. De procedure (...; red.)

2. De feiten

2.1. Iblue heeft in opdracht van [A] – wegens een door haar beoogde verhuizing naar Zeeland – op 3 augustus 2007 een schriftelijke waardeverklaring opgesteld (hierna: de waarde-bepaling van Iblue) betreffende de woning van [A] aan de Jaarsveldstraat 182 te Den Haag (hierna: de woning). Hierin staat, voorzover hier van belang, vermeld:

“(…) Onderhandse verkoopwaarde vrij van huur en eigen gebruik.
€ 205.000,= (…)”

2.2. [A] heeft vervolgens op advies van en via Iblue de woning te koop gezet tegen een verkoopprijs van € 205.000,=.

2.3. Wegens het vinden van een koopwoning door [A] in Zeeland en mede op basis van de waardeverklaring van Iblue, heeft ING een